

EFICÁCIA E ADEQUAÇÃO NA TUTELA SANCIONATÓRIA DOS BENS AMBIENTAIS¹

*Heloísa Oliveira**

1 Introdução. 2 Tutela dos Bens Ambientais: Eficácia e Adequação do Direito Sancionatório. 2.1 A centralidade do Direito Administrativo no Direito do Ambiente. 2.2 Prevenção, Direito Penal e Direito Administrativo Sancionatório. 2.2.1 Princípio da prevenção. 2.2.2 Prevenção e Direito Penal: os fins das penas, o Direito Penal de Risco e a antecipação da tutela penal. 2.2.3 Prevenção e Direito Administrativo Sancionatório: a sanção pelo facto ex ante. 2.3 Em especial, a eficácia processual e procedimental. 2.3.1. Da inflexibilidade garantística do processo penal, da (suposta) flexibilidade do procedimento administrativo sancionatório e da fuga às garantias do processo penal. 2.3.2 Em especial, o Princípio da Oportunidade. 2.3.2.1. Colocação do problema: legalidade vs. oportunidade. 2.3.2.2. Oportunidade e processo penal 2.3.2.3. Oportunidade e procedimento administrativo sancionatório. Bibliografia.

RESUMO

O artigo investiga quais os meios mais adequados à tutela dos bens ambientais: a via do Judiciário, em face do Direito Penal; e/ou a via administrativa, mediante o Direito Administrativo Sancionatório. O estudo conclui que a intervenção penal deve ser evitada sempre que houver outro meio menos repressivo, que seja apto a garantir eficazmente a tutela ambiental.

Palavras-chave: Bens ambientais. Tutela sancionatória. Eficácia. Adequação.

1 INTRODUÇÃO

A preservação do ambiente é um valor essencial no Estado de Direito moderno. Talvez por isso, o ambiente tem sido uma das áreas em que o Estado mais tem assumido as suas vestes de regulador, impondo à Administração Pública, aos Tribunais e aos particulares complexas tarefas hermenêuticas para cumprir e fazer cumprir as normas ambientais.

Mas nenhuma norma é relevante se não for efectiva, se a sua vigência não for garantida pelo Estado, em último caso por meio do Direito Sancionatório. Poucos são os diplomas em matéria ambiental que não estão munidos de um arsenal de sanções administrativas em caso de infracção. Paralelamente, vão sendo criados

1 O presente texto corresponde, com algumas alterações, ao Relatório do Seminário de Direito Penal e Contra-ordenacional do Ambiente (Mestrado em Ciências Jurídico-Ambientais, Ano Lectivo 2008/2009). Foi elaborado sob orientação do Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes.

* Monitora e Doutoranda da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Advogada. E-mail: heloisaoliveira@fd.ulisboa.pt

nos diversos ordenamentos crimes ambientais com as mais diversas estruturas e objectos e até o Direito Comunitário parece apontar para a tutela penal¹.

Mas a realidade demonstra que essa protecção tem vindo a ser efectivada não pelos Tribunais e pelo Direito Penal, mas sim pela própria Administração por meio do Direito Administrativo Sancionatório², o que implica o surgimento de todos os problemas associados a um Direito Penal simbólico.

Também o Direito Administrativo Sancionatório vai sofrendo transformações e padece de problemas identitários, uma vez que as sanções aplicadas são de uma gravidade quasi penal e, apesar de ser um ramo do direito autónomo, o seu regime tem sido decalcado do Direito Penal e Processual Penal, ameaçando a sua tendencial celeridade e eficácia. Apesar disso, não encontramos no procedimento administrativo sancionatório os direitos de defesa do processo penal, colocando em crise as garantias dos cidadãos face ao poder repressivo do Estado.

Nesse cenário, urge questionar qual a via mais adequada e eficaz para tutela dos bens ambientais: o Direito Penal e os Tribunais ou o Direito Administrativo Sancionatório e a Administração? Ou, talvez, até que ponto o Direito Administrativo Sancionatório e a partir de que ponto o Direito Penal? Esta questão tem sido objecto de análise por relevante doutrina penalista e administrativista nacional; contudo, são aproximações de uma perspectiva unilateral que visa, unicamente, à justificação da tutela penal. A relevância da matéria justifica a procura da resposta nos fundamentos, características e natureza do Direito do Ambiente e destes dois ramos do Direito Sancionatório.

Assumimos, desde já, que consideramos que o Direito Administrativo tem uma especial vocação para a tutela dos bens ambientais. Contudo, há que discutir os limites teóricos e práticos do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionatório, para tentar proceder a uma delimitação tendencial dos seus espaços de actuação.

É ainda relevante fazer uma última ressalva: pretendemos fazer um estudo que, na medida do possível, não tenha especial ligação ao direito constituído. Assim, as referências legais serão feitas a título meramente ilustrativo.

2 TUTELA DOS BENS AMBIENTAIS: EFICÁCIA E ADEQUAÇÃO DO DIREITO SANCIONATÓRIO

2.1 A centralidade do Direito Administrativo no Direito do Ambiente

Apesar de construir um Estado de Direito, democrático e ambiental não [ser uma] tarefa que possa ser suportada por um ramo autónomo de direito³, a verdade é que o Direito do Ambiente tem-se concretizado principalmente por intermédio do Direito Administrativo e da actuação da Administração Pública, tanto pela emissão de normas administrativas, como por actos administrativos

e, até mesmo, da celebração de contratos. De facto, a aplicação de normas ambientais implica quase sempre a intervenção da Administração, o que leva a que o Direito Administrativo seja a ordem normativa (...) que se encontra mais próxima e mais estreitamente ligada aos agentes poluidores mais perigosos (...). O legislador administrativo, pela facilidade em emitir normas, pela sua proximidade com os processos e progressos tecnológicos e pela atenção que lhes é obrigado a prestar, possui uma mobilidade e uma plasticidade ^{4/5}. Mas não são apenas essas as razões que conferem à Administração um papel central na aplicação do Direito do Ambiente.

Por um lado, é a Administração que determina quais são os deveres ambientais dos operadores no mercado. De facto, apesar de as leis ambientais regularem os procedimentos e obrigações ambientais, por vezes até com um grau de pormenorização criticável, deparamo-nos, ainda assim, com algum grau de discricionariedade para a sua adaptação e aplicação pelas autoridades administrativas, tendo em vista a consideração do tipo e volume de actividade e outras condicionantes que se verificam nos casos concretos.

Para demonstrar a justeza dessa afirmação, apresentamos dois exemplos reveladores desse papel da Administração. Os valores-limite de emissão de poluentes são identificados como áreas típicas de remissão do legislador para normas técnicas, de natureza estritamente administrativa⁶. Um outro exemplo claro é a protecção do solo e reparação de danos: a inexistência de normas de qualidade do solo clama pela intervenção da Administração na definição de medidas preventivas ou reparadoras de contaminações ocorridas⁷.

Concretizando: o Direito do Ambiente ganha vida por meio da imposição de variadas obrigações aos operadores económicos perante a Administração – obrigações de obtenção de licenças, autorizações, de elaboração de relatórios, de monitorização de emissões, de realização de análises técnicas à qualidade da água, do solo, do volume de ruído.

Para além do controlo administrativo do início da actividade, cabe ainda à Administração o acompanhamento da mesma até ao seu término. De facto, toda a actividade dos operadores económicos – em especial a dos que desenvolvem determinadas actividades com elevado risco ambiental – é acompanhada por diversas autoridades da Administração; esse controlo existe para o início, alteração ou encerramento da actividade, e após o decorrer do termo de determinados prazos. Ou, ainda, em qualquer momento em que as diversas entidades com competência fiscalizadora assim o determinem. É também a Administração que, para além do acompanhamento corrente, exerce as actividades de inspecção, tanto por meio de administração inspectiva em sentido próprio como por corpos especializados de polícia.

Esta centralidade da actuação da Administração tem repercussões até em um ramo do direito caracterizado pela sua tendencial autonomia face aos demais: o Direito Penal⁸. Muito tem sido escrito a este propósito, uma vez que a utilização de técnicas de construção de tipos penais com recurso à acesso-

riedade administrativa⁹ implica a criação de normas penais em branco¹⁰. Não será esta a sede própria para discussão destas questões, que, de resto, não se colocam apenas no ordenamento jurídico português. Sublinhemos apenas que essa centralidade do Direito Administrativo na concretização do Direito do Ambiente torna complexa (se não mesmo impossível¹¹) a tarefa de construção de um tipo penal ambiental que não esteja, em maior ou menor grau, dependente de normas ou actos administrativos.

Concluimos, portanto, que as infracções ambientais são de natureza essencialmente administrativa: trata-se de violação das obrigações de obtenção de licenças ou autorizações, da violação de condições impostas pela autoridade administrativa (nomeadamente das condições anexas a licenças e autorizações deferidas); e, mais raramente, violação de obrigações materiais impostas directamente pela lei. Ou seja, a vasta maioria das infracções ambientais resultam da violação de obrigações perante a Administração ou que foram por esta impostas.

É ainda relevante compreender a estrutura dos procedimentos administrativos em matéria ambiental. Quase invariavelmente, o operador está sujeito a mais do que um procedimento administrativo autorizativo. Frequentemente, estes regimes prevêem mecanismos de articulação entre os diversos sub-procedimentos, criando um procedimento autorizativo global, e a decisão que permite a utilidade pretendida pelo operador (tipicamente, a exploração de uma unidade industrial) apenas será proferida depois de decorridos todos os subprocedimentos. Esta circunstância garante um nível de integração de informação favorável à efetivação do Direito do Ambiente e fiscalização do seu cumprimento.

Parece-nos, portanto, que se revela especialmente adequado que seja também a Administração a detentora do poder sancionatório relativamente a obrigações que ela própria impôs e cujo cumprimento acompanhou e fiscalizou. Daqui resultam vantagens evidentes de eficácia e eficiência. É que por ser também ela a protagonista no procedimento administrativo sancionatório, encontra-se empiricamente mais próxima dos circuitos de actividade em causa. Pela existência de entidades que têm especificamente a seu cargo estas matérias, a intervenção jurídica pode ser mais célere, mais consequente e mais especializada do que a intervenção das autoridades judiciais em matéria penal¹².

Por um lado, as várias fiscalizações e vistorias que decorrem durante os vários procedimentos são momentos de detecção de infracções ambientais e, sublinhe-se, as entidades fiscalizadoras não estão limitadas na sua apreciação aos elementos relevantes para o procedimento que motivou a vistoria. Assim, a Administração acompanha a actividade do operador – quase inevitavelmente, mesmo o operador mais negligente e incumpridor das suas obrigações irá cruzar-se a certo ponto com a Administração.

Por outro lado, o Direito do Ambiente é um ramo de reconhecida complexidade técnico-científica, tratando-se, por isso, de uma área multidisciplinar dentro e fora da ciência jurídica¹³. Ao contrário do que frequentemente sucede

com as autoridades judiciárias em matéria penal, a Administração Pública, por força da sua relevância na efectivação no Direito do Ambiente, tem vindo a criar autoridades administrativas especializadas em questões ambientais¹⁴, com o necessário conhecimento científico, permitindo a célere, eficaz e rigorosa detecção de infracções ambientais e desenrolamento dos procedimentos administrativos sancionatórios. Por isso mesmo e sem querer analisar aqui a perspectiva adjectiva, verifica-se frequentemente uma concentração do procedimento administrativo sancionatório numa única entidade, que detecta a infracção, realiza as diligências instrutórias e determina a aplicação da sanção.

2.2 Prevenção, Direito Penal e Direito Administrativo Sancionatório

Parece ser de simples fundamentação a ideia de que a índole fundamentalmente preventiva do direito do ambiente só poderá ser eficazmente prosseguida através dos meios do direito administrativo¹⁵. De forma igualmente pacífica, tem-se afirmado que o reforço na implementação de uma acção preventiva (...) [tem de] passar por (...) reforçar os meios de actuação da Administração inspectiva e tornar efectiva a fiscalização e punição das infracções ambientais¹⁶. Contudo, há que perceber que conclusões podemos extrair destas ideias no que toca ao papel do Direito Penal.

Neste ponto, torna-se necessário densificar o conceito de prevenção para o Direito do Ambiente, para depois perceber o que existe afinal no Direito Penal ou no Direito Administrativo Sancionatório que potencie a mesma finalidade.

2.2.1 Princípio da prevenção

O princípio da prevenção ocupa posição central no Direito do Ambiente, a nível internacional, comunitário e interno. Numa perspectiva, o princípio da prevenção traduz a ideia de que não deverá ser admitida ou autorizada a actividade humana que irá lesar bens ambientais de forma grave e irreversível¹⁷. Tem como finalidade última evitar as lesões aos bens ambientais, antecipando a tutela ao não permitir a criação de determinados riscos. Assim, ocupam posição central no princípio da prevenção os conceitos de antecipação, perigo e risco.

A secundarização da reparação dos danos é uma decorrência da centralidade do princípio da prevenção no Direito do Ambiente. Se é verdade que tem sido mais recentemente dedicada alguma atenção à reparação dos danos ecológicos, torna-se evidente que, no Direito do Ambiente, a tónica é posta na prevenção desses mesmos danos. É certo que existe um dever geral de cuidado e diligência relativamente a direitos e bens alheios em qualquer ramo do direito e que, da sua violação, podem advir consequências para o lesante. Contudo, parece ser seguro afirmar que, em nenhum ramo do direito, afirmou-se a prevenção da lesão com tanta amplitude.

A prevenção da lesão dos bens ambientais deve ser identificada, essencialmente, com antecipação da tutela¹⁸. A antecipação da protecção significa que, mais do que não serem admitidas lesões aos bens ambientais, não é permitida a criação de risco de lesão dos bens ambientais. Consequentemente, a mera criação de risco passa a ser fundamento para indeferimento de pretensões ou mesmo de imposição de proibições, medidas preventivas ou de compensação aos operadores económicos. A densificação destas questões e a distinção entre risco e perigo em pouco serviriam a natureza deste trabalho: o que é relevante aqui dar como assente é que o princípio da prevenção terá um conteúdo tanto mais amplo quanto mais aceitarmos a antecipação da protecção.

Há que concretizar em que termos o princípio da prevenção tem sido e pode ser operativo. A sua operatividade mais visível será certamente enquanto critério de actuação da Administração no caso concreto, servindo de fundamento para indeferimento de pretensões de particulares assim como de imposição de condições, medidas de minimização ou medidas de compensação. Mas não é apenas esta a operatividade do princípio. Para além de ser também relevante em termos de interpretação de normas, servirá também enquanto orientação político-legislativa. Nesse sentido, são corolários do princípio da prevenção¹⁹ a criação de inversões do ónus da prova²⁰, a imposição de uma regra de indeferimento tácito nos procedimentos autorizativos ambientais²¹, o recurso à figura dos actos precários²², o reforço dos meios de actuação da administração inspectiva e a efectivação da fiscalização e punição das infracções ambientais.

Chegados a este ponto, há que saber até que ponto existe no Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionatório um princípio da prevenção ou mecanismos de aplicação com conteúdo coincidente com o que acabámos de explanar.

2.2.2 Prevenção e Direito Penal: os fins das penas, o Direito Penal de Risco e a antecipação da tutela penal

O problema dos fins das penas está indissociavelmente ligado ao problema da função e legitimação do Direito Penal e, enquanto tal, é tão antiga como a dogmática penalista. Contudo, se é verdade que as finalidades da punição foram debatidas para legitimar a repressão penal e combater as penas cruéis e desumanas, constatamos que as consequências que dessas teorias se podem retirar tocam em vários outros problemas da dogmática penal, nomeadamente ao nível da estrutura da imputação jurídico-penal e dos critérios para determinação da medida da pena.

As teorias dos fins das penas podem ser classificadas de diversas formas, mas, para o que aqui é relevante, reportamo-nos apenas às finalidades preventivas. O objectivo desta análise é claro e limitado: determinar se o princípio da prevenção tem um conteúdo que corresponda materialmente às finalidades preventivas das penas.

As teorias relativas, apesar de aceitarem que a aplicação da pena significa a imposição de um mal, justificam essa imposição como uma finalidade preventiva, que poderá incidir sobre o próprio agente – prevenção especial, positiva (prevenção integradora) e negativa (intimidatória do agente) – ou sobre a sociedade – prevenção geral, positiva (reforço da validade da norma e da tutela de bens) e negativa (intimidatória da comunidade). Estes conceitos permitem-nos, rapidamente, concluir que, apesar de denominadas preventivas, as finalidades das penas não têm um conteúdo coincidente com o princípio da prevenção no Direito do Ambiente.

É certo que estamos a falar de Direito Sancionatório, pelo que nunca o conteúdo do princípio da prevenção poderia ser rigorosamente transposto. De facto, o que está em causa quando falamos de prevenção é a adopção de medidas para evitar lesões, e o Direito Sancionatório é já a reacção a uma lesão. Por outro lado, a prevenção e repressão poderão servir a mesma finalidade, que é a protecção dos bens ambientais, sendo indubitável que o efeito dissuasor do Direito Penal desempenha uma função preventiva. Mas o que se pretende aqui saber não é se o Direito Penal ou o Direito Administrativo Sancionatório podem ter uma dimensão preventiva – fica assente que sim. A questão que se coloca é a de saber se o Direito Penal pode, pela sua natureza e estrutura próprias, antecipar o facto punível de forma a valorar negativamente e com a mesma relevância o dano causado e a criação do perigo, como faz o Direito Administrativo, ao abrigo do princípio da prevenção. Esta possibilidade revelaria a adequação da tutela penal dos bens ambientais, à luz do transversal princípio da prevenção.

Assim, não serão tanto as finalidades das penas que nos podem ajudar nesta tarefa, mas mais o Direito Penal de risco e o problema da antecipação da tutela penal.

O Direito Penal de risco traduz uma funcionalização do Direito Penal às necessidades da sociedade de risco. Implica uma colisão com pontos nevrálgicos do Direito Penal clássico, que tutelava os direitos fundamentais dos indivíduos e sancionava apenas as lesões desses bens. Para o que aqui releva, esta funcionalização implica uma antecipação decidida da tutela penal para estados prévios (e mesmo ainda muito distantes) da lesão de interesses socialmente relevantes²³.

A realidade do Direito Penal de risco tem demonstrado exigir, para além de uma mutação de um Direito Penal fragmentário para um Direito Penal expansivo²⁴, uma alteração de diversos paradigmas do Direito Penal clássico²⁵, para permitir a punição alargada de condutas omissivas ou negligentes, a responsabilização das pessoas colectivas, a construção de tipos aditivos ou cumulativos, a desmaterialização do bem jurídico²⁶ e o aumento do número de tipificações de crimes de perigo²⁷.

Ora distinguem-se os crimes de perigo concreto e os crimes de perigo abstracto, consoante a criação de perigo seja ou não elemento do tipo, havendo quanto aos segundos uma presunção inilidível de perigo da conduta. Podemos

afirmar desde já que se trata assim de uma antecipação da tutela semelhante à que é exigida pelo princípio da prevenção no Direito do Ambiente, em que existe um desvalor do perigo criado e não só do dano ambiental efectivamente causado.

Compreende-se bem a utilização desta estrutura de tipo num Direito Penal do risco: dispensa-se a comprovação da lesão, deixando de ser necessária a demonstração de um nexo de causalidade de um facto em relação a um dano²⁸. Assim, torna-se necessário demonstrar apenas a perigosidade da acção – nos crimes de perigo concreto – ou simplesmente provar os factos constitutivos do tipo – nos crimes de perigo abstracto.

Contudo, os crimes de perigo (em especial, de perigo abstracto) debatem-se com problemas de conciliação com o princípio da culpa e princípio da legalidade com consagração constitucional, cabendo portanto questionar a admissibilidade do sacrifício de um princípio de Direito Penal constitucional em nome da protecção penal de bens jurídicos que não são individuais²⁹. Ademais, à culpa costuma ser contraposta precisamente a ideia de perigosidade (individual), aquando da fundamentação das penas e das medidas de segurança³⁰, o que pode causar ainda mais estranheza. E a responsabilidade penal por criação de meras situações de perigo, sem ter em consideração a lesividade efectiva da conduta do agente, rompe em absoluto com os postulados básicos do Direito Penal e aproxima-o do que é mais próprio do Direito Administrativo³¹.

Assim, caberá questionar onde radica a legitimidade do Estado para punir meras situações de pôr-em-perigo ou ainda para punir não aquelas concretas situações de pôr-em-perigo, mas tão-somente a situação «potencial» de pôr-em-perigo³²? É que, se parece ser clara a dignidade constitucional do ambiente (estando fundamentada, por isso, a sua dignidade penal), já não é isenta de dúvidas a legitimidade ou dignidade de delitos de perigo ambiental abstracto³³.

Não poderíamos aqui abordar esta problemática em toda a sua amplitude. Mas podemos sublinhar que, tendencialmente, será legítima a estruturação do tipo como de perigo abstracto quando a conduta típica for descrita de uma forma precisa e minuciosa³⁴ e a conduta proibida vis[e] proteger, se bem que por meio da mais avançada das defesas jurídico-constitucionalmente permitidas, um concreto e determinado bem jurídico com dignidade constitucional³⁵.

Finalmente, caberá ainda neste ponto fazer referência aos crimes de perigo abstracto-concreto ou crimes de aptidão. Se formalmente continuamos a falar de crimes de perigo abstracto – isto é, em que o perigo não é elemento do tipo –, apenas são puníveis as condutas apropriadas ou aptas a desencadear o perigo proibido no caso³⁶. Há assim quem defenda que, na medida do possível, os crimes de perigo abstracto devem ser convertidos em crimes de perigo abstracto-concreto, de forma a resolver os problemas que se colocam ao nível do princípio da culpa, naqueles casos em que o bem jurídico não foi posto em perigo. Esta construção dogmática é relevante para o nosso estudo na medida

em que é ilustrativa dos problemas de legitimação dos crimes de perigo abstracto.

Caberá agora tentar retirar algumas conclusões. Em primeiro lugar, voltamos a afirmar que a antecipação da tutela penal para estágios anteriores – por vezes muito distantes – da efectiva lesão do bem jurídico, em especial por crimes de perigo abstracto, é um mecanismo semelhante aos do princípio da prevenção no Direito Administrativo. Tanto assim é que os crimes de perigo parecem ser o modelo standard nas reformas penais mais recentes, não tendo os crimes ecológicos fugido à regra³⁷. Nesse sentido, conseguimos encontrar no Direito Penal a consagração do princípio da prevenção.

Contudo, a antecipação da tutela penal coloca problemas que deixam as maiores dúvidas relativamente à compatibilidade do Direito do Ambiente – preventivo e carente de uma sistemática tutela antecipada – com a própria natureza, postulados e princípios básicos de Direito Penal, entre os quais se destacam, desde logo, os princípios da subsidiariedade e da culpa.

É especialmente elucidativo que, após a consagração (mais que) frequente de crimes de perigo abstracto, a doutrina continue a debater-se com a tentativa de legitimação e justificação desta estrutura, mesmo após uma manifesta flexibilização de paradigmas do Direito Penal clássico. É ainda notória a procura dogmática de alternativas cuja legitimação seja clara, mas que, contudo, afastarão necessariamente o Direito Penal do princípio da prevenção³⁸.

2.2.3 Prevenção e Direito Administrativo Sancionatório: a sanção pelo facto ex ante

É curioso verificar que inexistente na doutrina administrativista literatura jurídica com desenvolvimento paralelo ao da doutrina penalista quanto à estrutura da infracção. Perguntamo-nos, portanto, se devemos aproveitar algum do labor já desenvolvido nesta área pelos penalistas para uma dogmatização do Direito Administrativo Sancionatório.

Em geral, não tem a doutrina administrativista ou penalista tido grande pudor quanto à aplicação dos princípios e teoria de Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionatório, com algumas consequências nefastas, nomeadamente ao nível da assunção da função própria deste ramo do direito e do seu desenvolvimento doutrinário autónomo.

Contudo, há que constatar que não é óbvia a necessidade de dogmatização da estrutura das infracções administrativas. É que os problemas relacionados com a antecipação da tutela penal (em especial, os relacionados com a tutela de bens jurídicos com dignidade penal) não se colocam no Direito Administrativo Sancionatório. Demonstração disso mesmo é a utilização (mais que) frequente – e nada censurada – de uma estrutura em tudo semelhante à dos crimes de perigo abstracto.

De facto, o Direito Administrativo Sancionatório pode abarcar condu-

tas axiológico-socialmente neutras, uma vez que, materialmente, é isso que o distingue do Direito Penal³⁹. Com isto, não pretendemos afirmar que não existe ilicitude na conduta objecto da sanção administrativa. Contudo, não tem de incidir sobre esta conduta a censura ético-social (reflexo do princípio da culpa) exigível ao (e limitadora do) Direito Penal⁴⁰: a ilicitude no Direito Administrativo Sancionatório advém de uma proibição legal⁴¹. Em um exemplo extremo, não é necessária a invocação de uma norma que preveja directamente a proibição de matar, porquanto a ilicitude de matar resulta da censura axiológica que a mesma merece. Pelo contrário, a aplicação de uma sanção administrativa pressupõe sempre a invocação da norma violada (proibição legal) e da norma que prevê a sanção correspondente.

Tudo isto serve para concluir que, se é verdade que parece ser possível a aplicação das teorias de construção dos tipos penais aos tipos de Direito Administrativo Sancionatório – infracções de dano ou de perigo –, a verdade é que tal não é particularmente relevante, na medida em que os problemas que lhe estão associados – e que tornam necessária a distinção – não se colocam.

Diga-se desde já que encontramos necessariamente no Direito Administrativo Sancionatório o princípio da prevenção, no sentido de antecipação da tutela. Isso decorre de vários factores. Em primeiro lugar e como explicitado anteriormente, o Direito do Ambiente é essencialmente preventivo. Aliás, quase todo o Direito Administrativo assenta em juízos de prognose. Logo, um ramo do direito que visa especificamente sancionar violações de Direito Administrativo do Ambiente tem de seguir o mesmo paradigma; consequentemente, é difícil ao Direito Penal afastar-se de uma antecipação quase extremada da tutela enquanto se vir na sombra do Direito Administrativo. Por outro lado, o Direito Administrativo Sancionatório não se encontra espartilhado pela dogmática base quanto à legitimação da intervenção penal, associada aos princípios da culpa e da subsidiariedade.

Assim, e em decorrência da conjugação destes dois primeiros pontos, a própria genética do Direito Administrativo Sancionatório impele-o para a antecipação da tutela, por força da natureza preventiva do Direito Administrativo e da sua vocação para sancionar os infracções de proibições legais. Por isso, a prevenção no Direito Administrativo Sancionatório não se dirige contra o resultado, mas sim contra a utilização dos meios adequados a produzir um resultado; não se trata somente de evitar a lesão, mas antes de prevenir a possibilidade de que esta se venha a produzir⁴².

2.3 Em especial, a eficácia processual e procedimental

Serve esta parte do nosso estudo para dar conta das características próprias do processo penal e do procedimento administrativo sancionatório para daí retirar conclusões quanto à sua eficácia e adequação para tutela dos bens ambientais. Existe um conjunto de considerações gerais que devem ser tecidas nesta sede, mas que são aplicáveis a qualquer área jurídica. Contudo,

e como demonstraremos *infra*, entendemos que existe uma questão que tem especial relevância quando falamos de tutela de bens ambientais: o princípio da oportunidade.

2.3.1. Da inflexibilidade garantística do processo penal, da (suposta) flexibilidade do procedimento administrativo sancionatório e da fuga às garantias do processo penal

Dizer que o processo penal é formal e garantístico não é uma ideia nova. São conhecidas as normas constitucionais que consagram garantias e direitos de defesa dos cidadãos contra o *ius puniendi*. Por isso mesmo, o processo penal assume estruturas rígidas baseadas em princípios como o acusatório, inquisitório, contraditório, presunção de inocência, entre muitos outros. Da necessidade de garantir esses direitos de defesa surge uma regulação pormenorizada e unitária da estrutura do processo, o que parece imprimir ao processo penal outras características: morosidade e complexidade. É também evidente que o Direito do Ambiente é precisamente uma das áreas em que a investigação criminal se revela ineficiente e desadequada. Por isso, variados são os autores que se têm vindo a debruçar sobre o problema da flexibilização do processo penal, em especial considerando as novas necessidades da sociedade de risco, sendo as reformas do processo penal discutidas, em grande parte, em torno do binómio eficiência do processo/garantias do arguido⁴³.

O procedimento administrativo sancionatório apareceria, assim, como o oásis no meio do deserto da complexidade processual penal, que permitiria de forma eficaz e eficiente punir os infractores e assim contribuir para a protecção dos bens ambientais. Para além de os prazos serem mais reduzidos, as garantias de defesa serem menores e da possibilidade de *reformatio in pejus*, o dever de colaboração dos infractores com as autoridades administrativas permite a obtenção de meios de prova, o que é especialmente relevante se considerarmos a complexidade técnico-científica do Direito do Ambiente. Tudo isto parece evidenciar as vantagens de eficácia e eficiência do Direito Administrativo Sancionatório⁴⁴.

Contudo, a realidade é que, talvez por falta de desenvolvimentos dogmáticos próprios, os modelos e paradigmas do Direito Processual Penal têm vindo lentamente a ser transpostos para o Direito Administrativo Sancionatório⁴⁵. É certo que este fenómeno tem também razão de ser: o alargamento das suas zonas de intervenção, o aumento da gravidade das sanções aplicáveis⁴⁶ e a crescente complexidade do seu regime⁴⁷ parecem justificar uma protecção acrescida dos direitos de defesa do arguido. É que parece começar a criar-se um verdadeiro Direito Penal aplicado pelas autoridades administrativas e sem as garantias do Processo Penal⁴⁸, o que evidencia uma cedência das garantias dos cidadãos face às necessidades de eficácia do sistema.

Por outro lado, parece ser cada vez mais utópica a ideia de que é possível

criar um sistema comum para todos os tipos de ilícitos administrativos. A expansão do Direito Administrativo Sancionatório levou a que o mesmo abarque áreas diversas e com necessidades muito variadas, desde infracções fiscais simples e violações do Código da Estrada, a infracções de enorme complexidade técnica e de investigação, como são as novas áreas de regulação do Estado (financeiro, económico, ambiental)⁴⁹.

Podemos assim concluir que se é verdade que tendencialmente o processo penal é mais inflexível e garantístico que o procedimento administrativo sancionatório, este último também não é isento de ineficiências procedimentais e de problematização dogmática.

2.3.2 Em especial, o Princípio da Oportunidade

2.3.2.1. Colocação do problema: legalidade vs. oportunidade

Nesta parte do nosso estudo, reportamo-nos a dois princípios tipicamente associados ao regime da acção penal: o princípio da legalidade e o princípio da oportunidade. Se o princípio da legalidade impõe o exercício da acção penal quando estão verificadas as condições objectivas indispensáveis de ordem material e processual⁵⁰, já o princípio da oportunidade acomete à entidade competente a elaboração um juízo discricionário de perseguição ou não do infractor⁵¹.

Esta questão não é nova.⁵² Trata-se em rigor de uma tensão entre considerações de natureza principiológica e outras de ordem pragmática, e até mesmo de realização de justiça material: se, por um lado, ao abrigo do princípio da oficialidade e da igualdade, todos os cidadãos devem ser punidos pelo Estado de igual forma, estando verificados os pressupostos da norma formal, a verdade é que afigura-se utópica a ideia de perseguição de todas as infracções à lei formal. Ademais, haverá mesmo casos em que a não perseguição do infractor se revela mais conforme à justiça material que o cego exercício da acção penal.

Apesar de sempre ter sido estudada, principalmente à luz do processo penal, esta tensão tem também relevância para o procedimento administrativo sancionatório: de facto, também aqui podemos colocar a questão de saber se os juízos de oportunidade podem ser relevantes na decisão de aplicação da respectiva sanção, quando estão verificados os pressupostos para a sua aplicação.

A relevância da questão na economia deste trabalho resulta do facto de que a flexibilidade processual e procedimental, que decorre do princípio da oportunidade, traz uma maior eficácia na protecção dos bens ambientais, permitindo prevenir (agora no sentido comum do termo) lesões, conforme se concretizará. Por isso, o Direito Penal ou Administrativo Sancionatório serão tanto mais adequados para a tutela ambiental quanto maior for a possibilidade de recorrer a juízos de oportunidade.

2.3.2.2. Oportunidade e processo penal⁵³

A primeira abertura ao princípio da oportunidade pode surgir quanto às fases preliminares do processo penal (numa fase ainda não judicial). Em consonância com o princípio da legalidade, sempre que houvesse notícia de um crime teria de ser formalmente iniciado o correspondente processo penal⁵⁴, sendo certo que não haverá abertura de inquérito quando a denúncia é manifestamente infundada ou não concretizada⁵⁵. Pode ainda haver, ao longo de todo o processo penal, até ao seu término, a admissibilidade de juízos de oportunidade, antes ou depois da passagem para a fase judicial do processo penal. Trataremos estes casos unitariamente, embora a distinção pudesse ser útil em um estudo aprofundado sobre o assunto⁵⁶.

A consagração de mecanismos de oportunidade tem ocorrido desde logo ao nível constitucional, quando se admitem imunidades parlamentares e regimes especiais de exercício da acção penal quanto a órgãos de soberania⁵⁷. Mas para além destas consagrações (com uma ratio diversa), podemos encontrar diversos mecanismos de oportunidade, como é o caso do arquivamento do processo⁵⁸, a suspensão provisória do processo⁵⁹ ou até mesmo formas processuais específicas em caso de consenso⁶⁰.

São apontadas diversas razões a favor de uma consagração do princípio da oportunidade no processo penal: o alívio dos tribunais de processos sem gravidade objectiva; os inconvenientes – até para a vítima - de uma audiência formal ou a prevenção da instrumentalização do processo penal para finalidades de ódio ou rancor pessoais. Ademais, haverá situações em que o diminuto grau de ilicitude, a quase justificação do facto ou a quase exclusão da culpa, a antiguidade dos factos, a idade do agente e a suficiência das sanções não penais justificariam o recurso ao princípio da oportunidade, assim como em casos de simples desnecessidade de punição, por inexistência, no caso concreto, de qualquer razão preventiva que a justifique.⁶¹

Contra o princípio da oportunidade, pode desde logo colocar-se a questão de saber se pode existir qualquer discricionariedade no exercício da acção penal, considerando que não estamos perante um processo de partes e que não existe disponibilidade do objecto. O maior obstáculo à sua consagração tem sido o princípio da igualdade, que obrigaria a que, verificados os pressupostos substantivos e adjectivos, fosse exercida a acção penal⁶².

Apesar de todas as vantagens do princípio da oportunidade, torna-se claro que, nos sistemas com matriz legalista, as cedências feitas têm como finalidade a flexibilização dos processos penais tendo em vista o desentorpecimento dos tribunais, funcionando as outras razões supra identificadas – como o diminuto grau de culpa ou a quase justificação do facto – como limites negativos ao princípio da oportunidade e não propriamente como ratio da sua consagração. Por isso mesmo, as consagrações do princípio da oportunidade vêm a sua aplicação limitada a casos em que a quebra da solenidade e inflexibilidade garantística do processo penal é vista com menor gravidade: os casos de criminalidade de bagatela.

Por outro lado, as cedências ao princípio da oportunidade passam pela consagração de mecanismos de oportunidade estritamente regulada em que o legislador impôs critérios rigorosamente delimitados. Neste cenário, é até duvidoso que haja sequer qualquer margem efectiva de apreciação, ou, se existe verdadeiramente consagração de um princípio de oportunidade, uma vez que as opções do Ministério Público são, em muitos casos, nulas, considerando os requisitos exigidos pela lei.

Chegados a este ponto, há que compreender de que forma estes mecanismos podem servir a protecção dos bens ambientais de forma mais eficiente e/ou adequada. Em primeiro lugar, veja-se que, como referido, as finalidades dos mecanismos processuais do princípio da oportunidade referidos parecem ser estritamente intraprocessuais, funcionando qualquer outra circunstância unicamente como limite. Há, certamente, vantagens de celeridade e economia processual, mas que não são específicas da tutela de bens ambientais. Diga-se, contudo, que esta falta de adaptação é previsível: sendo o o processo penal solene e inflexível, tem um regime unitário, isto é, tendencialmente inadaptável a determinadas áreas jurídicas.

Por outro lado, a ausência de juízos de oportunidade quanto ao início do processo retira grande parte das vantagens que poderiam decorrer de um princípio da oportunidade no processo penal em geral. Concluímos, portanto, que a timidez do princípio da oportunidade no nosso sistema processual resulta de limitações de ordem constitucional, relacionadas, em geral, com a natureza inflexível e garantística do processo penal, que impedem uma adequação às necessidades específicas de tutela de bens ambientais.

2.3.2.3 Oportunidade e procedimento administrativo sancionatório

Se o princípio da oportunidade tem sido um dos tópicos de maior discussão quanto ao moderno Direito Processual Penal, o mesmo já não pode ser dito quanto ao Direito Administrativo Sancionatório⁶³. Classicamente, e tal como já tem vindo a ser dito ao longo deste estudo, há, inevitavelmente, dois postos de observação para quem estuda Direito Administrativo Sancionatório: o Direito Administrativo e o Direito Penal. Estes dois postos de observação levam a que haja uma transposição dos paradigmas de cada um destes dois ramos do direito para o Direito Administrativo Sancionatório. Parecem existir, portanto, duas opções: ou consideramos que, sendo aplicado por entidades administrativas, vigoram necessariamente os juízos de discricionariedade típicos do Direito Administrativo; ou defendemos uma vigência do princípio da legalidade, com as concessões ao princípio da oportunidade expressamente previstas na lei, uma vez que estamos perante Direito Sancionatório⁶⁴.

Parece-nos ser da maior utilidade para o estudo a que nos propusemos conseguir afastar tais tendências dualistas e tentar compreender o que mais se adequa à natureza do Direito Administrativo Sancionatório.

O facto de estarmos ainda perante Direito Sancionatório leva a que seja invocado o princípio da legalidade, por indisponibilidade do objecto. Os argumentos invocados são essencialmente os mesmos da doutrina processual penalista: o princípio da igualdade, o reforço da vigência da norma e das finalidades preventivas da sanção, a corrupção, a criação de uma posição de submissão do particular face à Administração.

Do outro lado da discussão, encontramos dois tipos de argumentos. Nos argumentos de ordem prática, é inevitável a constatação de que a Administração apenas pune uma percentagem ínfima das infracções que detecta⁶⁵. Afirme-se, portanto, que *ad impossibilia nemo tenetur* (o Direito pára perante as portas do impossível)⁶⁶. É certo que estamos apenas perante um argumento de ordem de prática mas há que questionar se o Direito irrealizável ainda é Direito...

Mas é o facto de serem entidades administrativas as detentoras do poder administrativo sancionatório que mais dúvidas nos coloca quanto à plena vigência do princípio da legalidade. É que a ponderação de interesses conflitantes é, por natureza, função essencial da Administração, não podendo o mesmo ser afirmado quanto ao Ministério Público, que parece prosseguir um único objectivo: a punição (justa) dos infractores. A Administração Pública defende o interesse público; mas sob esse conceito, aparentemente unitário, subdividem-se vários interesses públicos, muitas vezes conflitantes. Por isso, repete-se, administrar passa sempre – e com grande centralidade – pela ponderação de interesses públicos conflitantes.

Ora a aproximação do Direito Administrativo Sancionatório ao Direito Penal substantivo leva à tentação de transposição do modelo processual penal. Contudo, a formalização característica da actividade repressiva não pode sacrificar os fins últimos da instituição⁶⁷. Adaptando uma expressão clássica da história do contencioso administrativo⁶⁸, punir infracções administrativas é ainda administrar, uma vez que mesmo nas suas vestes sancionatórias estamos ainda a falar de Administração, que não exerce, a título principal, funções de Justiça, mas sim de polícia ou disciplina⁶⁹; e não pode nesse exercício deixar de ponderar outros interesses pelos quais também vela, por imposição da lei. É que ao contrário do que parece ser uma assumpção generalizada, a punição das infracções ambientais nem sempre leva a uma superior protecção de bens ambientais.

Serve este excuro para concluir que, se a aplicação da lei ao caso concreto pela Administração não passa por uma mera operação de subsunção, mas antes por operações de valoração de interesses e juízos de prognose, não pode senão vigorar um princípio de oportunidade (ou seja, discricionariedade) no procedimento administrativo sancionatório. Esta valoração aparece em todas as fases do procedimento administrativo, principalmente no seu início.

Contudo, não concordamos que apenas possa vigorar um princípio de oportunidade para o início do procedimento administrativo sancionatório.⁷⁰

Não vemos razão para esta distinção: o princípio da oportunidade aplica-se quer à actividade informal da Administração quer ao procedimento em sentido formal. Não vemos óbice a que se decida pela não aplicação de uma sanção ou até pelo arquivamento durante o procedimento, uma vez que estamos perante uma invocação legítima da protecção de outros interesses relevantes e não de um acto camuflado ou clandestino da Administração. Esta preocupação parece estar associada à problemática da posição do denunciante, que será objecto de análise autónoma.

Façamos agora a relação com os mecanismos do princípio da oportunidade no processo penal que, face ao que fica descrito, parecem agora ainda mais inflexíveis. Também encontramos no procedimento administrativo sancionatório mecanismos semelhantes aos do processo penal, descritos supra. Contudo, as autoridades administrativas, salvo expressa limitação legal, podem ainda utilizar outros parâmetros, critérios e ponderações de interesses que se encontram vedados aos Tribunais. No nosso entendimento, o princípio da oportunidade não parece ser mais do que a discricionariedade administrativa⁷¹ no direito adjectivo.

Aproveitamos este ponto para recuperar uma questão já suscitada, mas não devidamente densificada. Grande parte dos obstáculos que a doutrina, levanta ao princípio da oportunidade está relacionada com o receio que se abra a porta à arbitrariedade, numa área sem juridicidade ou parâmetros de controlo. Sucede que há muito que as mesmas dúvidas foram discutidas pela doutrina administrativista, que concluiu pela vinculação da Administração a um bloco de juridicidade⁷², mesmo em áreas de actuação informal. O maior garante da juridicidade das decisões da Administração é o dever de fundamentação e o princípio da igualdade. Aliás, é nas decisões com maior margem discricionária (maior amplitude do princípio da oportunidade) que o princípio da igualdade ganha relevo autónomo, uma vez que é parâmetro para o caso concreto e não apenas ratio para uma norma que determina a solução no caso concreto.

Não pretendemos com isto tudo significar que não há especificidades no Direito Administrativo Sancionatório face ao Direito Administrativo em geral. Em primeiro lugar porque, se é verdade que a função da Administração sancionatória não é de justiça, também não deixamos de reconhecer que existe uma proibição de prosseguir o interesse público de forma injusta⁷³. Por isso mesmo, as decisões administrativas nesta matéria são objecto de recurso para os Tribunais que, tendencialmente, seguem formas de processo semelhantes às processuais penais e não as formas comuns de impugnação de actos administrativos.

Uma questão paralela, mas de grande interesse para a compreensão do que aqui se defende, é a de saber qual deve ser, nestes casos, o limite de apreciação do tribunal, caso haja recurso, considerando o princípio da separação de poderes. Parece-nos que aqui se inverte a relação entre a Autoridade e o

Tribunal, porque o Tribunal é que deve conformar-se com o juízo de polícia da Autoridade, recebendo-o como critério do caso, e não o contrário.⁷⁴ Há que concluir que neste contexto a Administração tem de fundamentar a sua decisão (seja ela qual for) e o Tribunal pode decidir em contrário se entender que houve violação do princípio da igualdade (arbitrariedade), ainda que o acto tenha sido praticado no estrito cumprimento formal da lei.

Note-se que a ponderação de interesses não pode ser uma fórmula vaga que aceite a ponderação de quaisquer interesses, nem mesmo de quaisquer interesses públicos. Repugna aceitar que a relevância de interesses de natureza socioeconómica impeça a aplicação de uma sanção administrativa⁷⁵. É do nosso entendimento que os interesses em causa que podem ser considerados têm de estar relacionados directamente com os interesses protegidos pela norma violada – se se tratar de Direito do Ambiente, os interesses terão de ter natureza ambiental.

É ainda necessário ponderar a introdução de limitações à vigência do princípio da oportunidade quando estamos perante infracções de especial gravidade ou com criação de elevado risco para os bens ambientais. Partindo do que já ficou dito, podemos descortinar que por trás desta limitação está a percepção de que quando a infracção é muito grave entramos num domínio predominantemente de justiça, pelo que fará sentido reduzir a amplitude com que temos vindo a aceitar o princípio da oportunidade⁷⁶. Aceitamos que nestes casos estamos numa área em que o interesse público da paz social reivindica uma atenção especial, quando em confronto com outros interesses públicos. Não conseguimos contudo acompanhar a doutrina que entende daqui poder retirar uma regra geral de que apenas vigorará o princípio da oportunidade para infracções leves ou de pouca relevância.

Em conclusão, entendemos que os juízos de oportunidade são indissociáveis do procedimento administrativo sancionatório, e que é ignorar esta natureza própria que abre a porta à arbitrariedade. Resulta do exposto que os interesses públicos de reposição da legalidade ambiental, a protecção dos bens ambientais e a punição do infractor nem sempre impõem a mesma decisão, e que os dois primeiros podem representar interesses públicos superiores a este último.

Para ilustrar esta afirmação, recorremos a uma classificação de três tipos de infractores que justificarão reacções diferentes da Administração⁷⁷:

O calculista amoral: faz uma ponderação entre os custos do incumprimento e os custos do cumprimento, considerando a probabilidade de detecção. Frequentemente, os custos de incumprimento são considerados à partida como custos do processo produtivo. É evidente que nestes casos a finalidade de justiça e a punição têm de prevalecer sobre quaisquer outros interesses. A Administração tem actuar como entidade puramente sancionatória, com inflexível aplicação da lei⁷⁸.

O cidadão político e a entidade desorganizada/incompetente: ou seja, aquele que acata as normas de acordo com um juízo prévio quanto à sua razoabilidade e a entidade que não cumpre as normas ambientais por desconhecimento e desorganização interna. Quando a estes dois tipos infractores, o cumprimento futuro das normas ambientais depende da adopção pela Administração de funções de aconselhamento e esclarecimento, uma vez que a mera aplicação da sanção não será suficiente e, frequentemente, será contra-producente, considerando a complexidade jurídica da legislação ambiental e científica das técnicas impostas para monitorização e cumprimento da mesma.

Tudo isto representa uma vantagem real do Direito Administrativo Sancionatório, em que a Administração acompanha o particular em direcção ao cumprimento das suas obrigações de natureza ambiental, uma vez que o interesse da justiça (implícito na punição do infractor) poderá não prevalecer sobre o interesse de protecção dos bens ambientais.

3 DOS LIMITES DO DIREITO PENAL E DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONATÓRIO

Os limites do Direito Administrativo Sancionatório já foram brevemente explicitados e resultam do conceito material de ilícito administrativo enquanto infracção axiologicamente neutra⁷⁹. Por outro lado, se a eficaz tutela sancionatória estiver dependente da aplicação de sanções graves, não poderá o Direito Administrativo delas ocupar-se uma vez que a tais sanções deverão corresponder as garantias e solenidades próprias do Direito Processual Penal⁸⁰.

A estes limites de natureza dogmática acrescentarão limitações de ordem prática: há casos em que a complexidade da investigação criminal ultrapassa a complexidade técnico-científica do Direito do Ambiente. É o caso da criminalidade ambiental transnacional e criminalidade organizada⁸¹, para as quais o Direito Administrativo Sancionatório tem eficácia e meios de reacção muito reduzidos e quase inócuos. Por outro lado, também é difícil o controlo das actividades industriais absolutamente clandestinas e que operam à margem da lei e de qualquer contacto com a Administração.

Relativamente ao Direito Penal, gostaríamos em especial de fazer referência ao princípio da intervenção mínima ou necessidade da pena. Na sua origem, este princípio apenas legitimava a acção penal em caso de violação de liberdades e direitos fundamentais; contudo, é utilizado actualmente para exprimir a necessidade de subordinar a intervenção penal à realização de fins necessários à subsistência e desenvolvimento da sociedade⁸².

Em suma: (i) o princípio da intervenção mínima impõe que apenas haja criminalização para protecção de bens jurídicos e valores essenciais do ordenamento, isto é, dignos de tutela penal⁸³; (ii) não será legítima a intervenção penal para protecção de bens jurídicos que poderão ser suficientemente tutelados por outros meios; (iii) a sanção penal terá de ser apta e eficaz para a protecção dos bens jurídicos em causa.

A discussão quanto à legitimidade da intervenção penal para protecção de bens ambientais tem-se limitado ao princípio da intervenção mínima, e, mesmo aqui, quase exclusivamente quanto à dignidade penal do bem jurídico protegido⁸⁴. Tem sido dada resposta afirmativa à questão da dignidade jurídico-penal do bem ambiente e parece não haver grande razão para continuar a debater esta questão, estando assim confirmada a legitimidade negativa⁸⁵. Mas há ainda muito por descortinar quanto à existência de meios de tutela menos repressivos que possam proteger esses bens⁸⁶ e quanto à eficácia do Direito Penal na sua protecção⁸⁷. Ou seja, falta demonstrar a legitimação positiva ou a verificação da carência da tutela penal⁸⁸.

Parece que o estudo feito até este momento permite-nos retirar desde já uma conclusão: salvo determinadas situações, a criminalização de agressões ao ambiente não tem sido feita com respeito pelo princípio da intervenção mínima. A repressão de muitas das condutas atentatórias dos bens ambientais deve ser feita pelo Direito Administrativo Sancionatório, pelas razões indicadas ao longo deste estudo, de ordem prática e dogmática, de eficácia e de adequação, substantivas e processuais. Fica assim em causa quanto a várias infracções o preenchimento de um pressuposto legitimador positivo da intervenção penal: a existência de outro meio menos repressivo que eficazmente proteja o bem jurídico em causa.

Mas, para além disso, o Direito Penal não é adequado para a protecção do ambiente contra grande parte das agressões actualmente tipificadas na lei penal e, talvez por isso, não o tem vindo a fazer eficazmente, sendo no caso português (mas não só) irrelevante o número de condenações, apesar da abrangência dos tipos penais. Tudo isto leva à conclusão – não inovadora – de que o Direito Penal do Ambiente tem-se pautado por ser meramente simbólico⁸⁹, o que constitui uma flagrante violação do princípio da intervenção mínima. Como é sabido, o lema de protecção do ambiente tornou-se agora numa bandeira política. Sucede que, para além de não proteger efectivamente o ambiente, o Direito Penal simbólico tem mesmo efeitos contra-productivos, uma vez que o défice de execução cria uma convicção de impunidade que, não só não protege o ambiente, como incentiva a violação das normas ambientais.

BIBLIOGRAFIA

ABBOT, Carolyn. The regulatory enforcement of pollution control laws: the australian experience. *Journal of environmental law*, v. 17, n. 2, p. 161-180, 2005.

ANDRADE, Manuel da Costa. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, n. 2, abr./jun. 1992, p. 173-205.

_____. Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã). *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, Coimbra: Coimbra Editora, v. 1, p. 81-121, 1998.

- ANTUNES, Tiago. **O ambiente entre o Direito e a técnica**. Lisboa: AAFDL, 2003.
- AYALA, Bernardo Diniz de. **O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa**. Lisboa: Lex, 1995.
- BELEZA, Teresa Pizarro. A recepção de regras de oportunidade no direito penal português: resolução processual de problemas substantivos? **Revista Jurídica**, AAFDL, n. 21, jun. 1997, p. 9-15.
- BUERGO, Blanca Mendoza. Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del derecho penal. **Revista de Administración Pública**, n. 121, p. 279-321, 1990.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, Juridicização da ecologia ou ecologização do direito. **Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente**, n. 4, dez. 1996, p. 69-79.
- CARVALHO, Américo Taipa de. **Direito penal: parte geral**. Questões fundamentais. Porto: Universidade Católica, 2003.
- CATENACCI, Mauro; HEINE, Günter. La tensione tra Diritto Penale e Diritto Amministrativo nel sistema tedesco di tutela dell'ambiente. **Rivista Trimestrale di diritto penale dell'economia**, ano III, n. 4, out./dez. 1990, p. 921-942.
- COMTE, Françoise; KRÄMER, Ludwig. **Environmental Crime in Europe**. Groningen: Europa Law Publishing, 2004.
- CORREIA, Eduardo. **Processo criminal**. Coimbra: Almedina, 1965.
- _____. Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. XLIX, p. 257-281, 1973.
- COSTA, Eduardo Maia. Princípio da oportunidade: muitos vícios, poucas virtudes. **Revista do Ministério Público**, ano 22, n. 85, jan./mar. 2001, p. 37-49.
- COSTA, José de Faria. **O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000a.
- _____. Legalidade versus oportunidade. **Revista do Ministério Público**, ano 21, n. 83, jul./set., p. 83-95. 2000b.
- CUTANDA, Blanca Lozano. El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad. **Revista de Administración Pública**, n. 161, p. 83-121, 2003.
- DEU, Teresa Armenta. **Criminalidade de Bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España**, Barcelona: PPU, 1991
- DIAS, Augusto Silva. **Delicta in se e delicta Mere Prohibita**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre o papel do direito penal do ambiente na protecção do ambiente. **Revista de Direito e Economia**, ano IV, n. 1, jan./jun. 1978, p. 3-23.

_____. O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. **Jornadas de Direito Criminal**, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, p. 315-336, 1983.

_____. Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um quarto de século depois. **Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues**, I, Coimbra: Coimbra Editora, p. 371-392, 2001a.

_____. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”. **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares**, Coimbra: Coimbra Editora, p. 583-613, 2001b.

_____. **Direito Penal**. Parte Geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2004a.

_____. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004b.

ENTERRÍA, Garcia de; FERNÁNDEZ, Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 8. ed. Madrid: Civitas, v. 2, 2002.

FERRARI, Eduardo Reale. A ilegitimidade da criminalização das condutas atentatórias ao meio ambiente. **Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**, Coimbra: Coimbra Editora, p. 1185-1203, 2003.

GARCIA, Maria da Glória. **O lugar do Direito na protecção do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2007.

GOMES, Carla Amado. **A prevenção à prova no Direito do Ambiente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____. Dar o duvidoso pelo (in)certo? Reflexões sobre o Princípio da Precaução. In Gomes, Carla Amado (ed.). **Textos dispersos de direito do ambiente**. Lisboa: AAFDL, p. 143-174, 2005.

_____. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código de processo penal: anotado**, 17. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del derecho penal moderno. **Anuário de derecho penal e ciências penales**, t. 45, n. 1, jan./abr. 1992, p. 235-249.

_____. A preservação do meio ambiente através do Direito Penal. In: VASCONCELOS, Carlos Eduardo; MENDES, Paulo Sousa (Trad.). **Lusíada Revista de ciência e cultura**. Série de Direito, Número especial, Actas do I Congresso Internacional de Direito do Ambiente da Universidade Lusíada. Porto: ILDA, pp. 319-330, 1996.

LOZANO, Blanca. Panorámica general de la potestad sancionadora de la administración en Europa: despenalización y garantía. **Revista de administración pública**, n. 121, p. 393-414, 1990.

MENDAZONA, E. Cobreros. El reconocimiento al denunciante de la condición de interesado en el procedimiento sancionador. In: WAGNER, Francisco Sosa (Ed.). **El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al Profesor Dr. Don Ramón Martín Mateo**. Valência: Tirant lo Blanch, p. 1437-1468, t. 2. 2000.

MENDES, Paulo de Sousa. **Vale a pena o Direito Penal do Ambiente?**, Lisboa: AAFDL, 2000.

MOURA, José Souto de. O crime de poluição. A propósito do art. 279.º do Projecto de Reforma do Código Penal. **Revista do Ministério Público**, ano 13, n. 50, abr./jun. 1992, pp. 15-38.

NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 4. ed. [s/l]: Tecnos, 2005.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

PALERMO, Pablo Galain. Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal. In: MONTE, Mario J. Ferreira (Ed.). **Que futuro para o direito processual penal?**, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 613-643.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito penal parte geral**. Lisboa: AAFDL, 1994a.

_____. **Direito penal do ambiente: Uma primeira abordagem**. In: AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Marta Tavares de (Ed.). **Direito do ambiente**. Oeiras: INA, 1994b, p. 431-448.

_____. **Novas formas de criminalidade: o problema do direito penal do ambiente**. In: **Estudos Comemorativos do 150º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora**, s/l: Ministério da Justiça, p. 199-211, 1995.

_____. **Acerca do estado actual do direito penal do ambiente**. **O Direito**, n. 136, p. 77-87, 2004.

PINTO, Frederico Lacerda da Costa. O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade. **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 209-274, 1998, v.1.

_____. **Sentido e limites da protecção penal do ambiente**. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 10, n. 3, jul./set. 2000, p. 371-387.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo: tendências actuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 12, n. 47, mar./abr. 2004, p. 31-45.

REXACH, Angel Menéndez. Protagonismo del Derecho Administrativo en la prevención y tutela del medio ambiente. **Studia Iuridica**, Coimbra: Coimbra Editora, n. 81, p. 61-85, 2005

RODRIGUES, Anabela Miranda. Poluição. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Ed.). **Comentário coninbricense do Código Penal**. Parte Especial. Coimbra: Coimbra Editora, p. 944-978. 1999, t. 2.

ROXIN, Claus. In: PEÑA, Diego Manuel et al (Trad.). **Derecho Penal. Parte General**. Madrid: Civitas Ediciones, 1997, t. 1.

SANTOS, André Teixeira dos. Do processo sumaríssimo: uma idílica solução de consenso ou uma verdade produzida? **O Direito**, ano 137, I, p. 137-189, 2005.

SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira e. Direito penal preventivo e os crimes de perigo: uma apreciação dos critérios de prevenção enquanto antecipação do agir penal no direito. In: COSTA, José de Faria (Ed.). **Temas de direito penal económico**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 251-283, 2005.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**, Lisboa: Verbo, v. 1, 2000.

SILVA, Vasco Pereira da. Breve nota sobre o Direito Sancionatório do Ambiente. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Ed.). **Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 271-296, 2008.

TEIXEIRA, Carlos Adérito. **Princípio da oportunidade**: manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. O direito de mera ordenação social: o ambiente como espaço da sua afirmação. **Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território**, n. 6-7, p. 33-58, 2001.

TIEDEMANN, Klaus. In: ARÁN, Mercedes Garcia (Trad.). **Lecciones de derecho penal económico**. Barcelona: PPU, 1993.

TOMILLO, M. Gómez. **Derecho administrativo sancionador**. Parte General. Pamplona: Thomson/Aranzadi, 2008.

VEIGA, Raul Soares da. Legalidade e oportunidade no Direito sancionatório das autoridades reguladoras. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Ed.). **Direito Sancionatório das autoridades reguladoras**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 139-173, 2009.

VELOSO, José António. Aspectos inovadores do Projecto de Regulamento da Autoridade da Concorrência. In: ALBUQUERQUE, Ruy de; CORDEIRO, António Menezes (Ed.). **Regulação e concorrência**: perspectivas e limites da defesa da concorrência. Coimbra: Almedina, p. 29-106, 2006.

WATSON, Michael. Organised crime and the environment: the british experience. **European Environmental Law Review**, ago./set. 2005, p. 207-213.

WOLFF, Hans J; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. In: SOUSA, António F. (Trad.). **Direito Administrativo**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, v. 1, 2006.

- 1 Directiva 2008/99/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Novembro de 2008.
- 2 Palma, Maria Fernanda. Direito penal parte geral. Lisboa: AAFDL, 1994^o, p. 78.
- 3 Canotilho, J. J. Gomes. Juridicização da ecologia ou ecologização do direito. Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente, n. 4, dez. 1996, p. 76.
- 4 RODRIGUES, Anabela Miranda. Poluição. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Ed.). Comentário coninbricense do Código Penal. Parte Especial. Coimbra: Coimbra Editora, t.2, 1999, p. 952.
- 5 Neste mesmo sentido, veja-se (Comte&Krämer, 2004: 164), (Teixeira, 2001: 36) e (Rexach, 2005: 62).
- 6 Mendes, Paulo de Sousa. Vale a pena o Direito Penal do Ambiente?, Lisboa: AAFDL, 2000, p. 127. Sublinhe-se, contudo, que muitas vezes os regulamentos administrativos limitam-se a reproduzir o que foi fixado por organismos comunitários especializados (GOMES, Carla Amado. Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 461).
- 7 Esta remissão para normas técnicas tanto pode consubstanciar actos de emissão periódica e de conteúdo circunscrito, como é o caso da fixação dos valores limites de emissão por regulamentos administrativos, como actos destituídos de periodicidade pré-determinada e que têm um conteúdo mais abrangente (melhores técnicas disponíveis).
- 8 Neste sentido, repudiando a tese de que o Direito Penal dependeria de outros ramos do direito que criariam ilicitude, sendo o Direito Penal meramente sancionatório, vide (Dias, Jorge de Figueiredo. Direito Penal. Parte Geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2004a, p. 14).
- 9 Que pode ser entendida em dois sentidos: a impossibilidade de concretização dos elementos do tipo sem remissões/dependência de actos administrativos; e o Direito Penal enquanto mera forma de tutela ao serviço do Direito Administrativo (Mendes, op. cit., p. 148), (Pinto, 2000: 381), (Hassemer, 1996: 324) e (Silva, 2008: 274).
- 10 Catenacci, Mauro; Heine, Günter. La tensione tra Diritto Penale e Diritto Amministrativo nel sistema tedesco di tutela dell'ambiente. Rivista Trimestrale di diritto penale dell'economia, ano III, n. 4, out./dez. 1990, p. 921-942, p. 923.
- 11 A acessoriedade administrativa apresent[a-se] neste domínio como absolutamente necessária, (...) [não havendo] no momento presente, alternativa viável (Dias, op. cit., p. 378).
- 12 Pinto, Frederico Lacerda da Costa. Sentido e limites da protecção penal do ambiente. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 10, n. 3, jul./set. 2000, p. 371-387, p. 383.
- 13 Garcia, Maria da Glória. O lugar do Direito na protecção do ambiente. Coimbra: Almedina, 2007, p. 57 e Antunes, Tiago. O ambiente entre o Direito e a técnica. Lisboa: AAFDL, 2003, p. 15.
- 14 Como por exemplo a Agência Portuguesa do Ambiente, Instituto da Conservação da Natureza e da Biodiversidade, Administrações das Regiões Hidrográficas, SEPNA – Serviço de Protecção da Natureza e do Ambiente, Inspecção-Geral do Ambiente e do Ordenamento do Território.
- 15 Rodrigues, op. cit., p. 953.
- 16 (GOMES, Carla Amado. Dar o duvidoso pelo (in)certo? Reflexões sobre o Princípio da Precaução. In Gomes, Carla Amado (ed.). Textos dispersos de direito do ambiente. Lisboa: AAFDL, p. 143-174, 2005, p. 141).
- 17 GOMES, 2000, op. cit., p. 22.
- 18 Poderíamos identificar outras dimensões do princípio da prevenção, identificando-o, em geral, com tudo o que possa prevenir a lesão de bens, nomeadamente através da dissuasão de potenciais lesantes. Mas a verdade é que no Direito do Ambiente prevenção significa antecipação, e é neste ponto que se diferencia dos outros ramos do Direito.
- 19 GOMES, 2005, op. cit., p. 171.
- 20 Ou seja, caberia ao particular no âmbito do procedimento administrativo ou processo ambiental a prova de que a sua actividade não irá lesar grave e irreversivelmente os bens ambientais, em vez de ter a Administração de o demonstrar positivamente na fundamentação de actos de indeferimento.
- 21 Apesar disto, a legislação ambiental tem vindo a adoptar uma regra de deferimento tácito.
- 22 GOMES, 2007, op. cit., p. 247.
- 23 (DIAS, op. cit., 132). O Direito Penal de risco é objecto das maiores querelas na dogmática jurídico-penal da actualidade, por haver quem sustente, em especial a Escola de Frankfurt, que o Direito Penal não pode servir para tutelar os riscos da sociedade pós-industrial, estando limitado à tutela dos direitos individuais. (DIAS, op. cit., p. 216).
- 24 Que coloca em causa ou, pelo menos, obriga a uma reformulação do princípio da subsidiariedade do direito penal (Prittwitz, 2004: 38), (Silva, 2005: 262). De facto, assiste-se à crescente utilização do Direito Penal como meio de condução e controlo de sectores da actividade social que surgiram por via da dinâmica da diferenciação social e se emanciparam relativamente à racionalidade prático-ética. É essa utilização

- que, como vimos já, promove a expansão e a consequente hipertrofia da matéria penal, a flexibilização e descaracterização das categorias e critérios de imputação tradicionais e a crescente desformalização do processo penal o que, tudo somado, contribui para o sacrifício injustificado de direitos fundamentais, para a perda da convicção de obrigatoriedade das leis penais e para a desvalorização da pena que se vê transformada num risco social (DIAS, 2009, op. cit., p. 31).
- 25 DIAS, O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares, Coimbra: Coimbra Editora, p. 583-613, 2001b, p. 598 e Hassemer, Winfried. Rasgos y crisis del derecho penal moderno. Anuário de derecho penal e ciências penales, t. 45, n. 1, jan./abr. 1992, p. 235-249, p. 237.
- 26 DIAS, 2009, op. cit., p. 771.
- 27 Em geral, entende-se por crime de perigo aquele em que a realização do tipo incriminador não tem como consequência a lesão efectiva do bem jurídico, bastando-se antes com a mera colocação em perigo do bem jurídico protegido.
- 28 HASSEMER, 1992, op. cit., p. 242 e Moura, José Souto de. O crime de poluição. A propósito do art. 279.º do Projecto de Reforma do Código Penal. Revista do Ministério Público, ano 13, n. 50, abr./jun. 1992, pp. 15-38, p. 24.
- 29 MOURA, 1992, op. cit., p. 24.
- 30 DIAS, 2004a., op. cit., p. 83.
- 31 Buergo, Blanca Mendoza. Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del derecho penal. Revista de Administración Pública, n. 121, p. 279-321, 1990, p. 298.
- 32 COSTA, 2000a, op. cit., p. 568. É também necessário saber quais os critérios para determinar a linha de probabilidade de concretização do risco a partir da qual há uma situação de perigo jurídico-penalmente relevante (Ibid., p. 578).
- 33 Dias, Jorge de Figueiredo. Sobre o papel do direito penal do ambiente na protecção do ambiente. Revista de Direito e Economia, ano IV, n. 1, jan./jun. 1978, p. 3-23, p. 17). Note-se, contudo, que o autor parece ter mudado a sua posição relativamente à admissibilidade constitucional de crimes de perigo abstracto em geral, conforme resulta de (Dias, 2004a: 293). Também (Costa, 2000a: 571) explicita que se nem todas as criminalizações de condutas violadoras de bens jurídicos são legítimas, forçoso é também aceitar, mesmo que só em termos lógico-argumentativos, que nem todos os meios – neste contexto, nem todas as técnicas de construção do tipo – merecem o juízo abonatório de incontestada legitimidade.
- 34 DIAS, 2004a, op. cit., p. 293.
- 35 Assim, a título de exemplo, (Costa, 2000a, op. cit., p. 646.) refere que não é legítima a norma que preveja que “aquele que andar com chapéu na cabeça será punido com pena de prisão de...”, uma vez que, apesar de os elementos do tipo estarem perfeitamente delimitados, não se consegue descortinar qual o bem jurídico-penal protegido. Por isso, autonomizamos um outro requisito para a legitimidade da incriminação mediante um crime de perigo abstracto: que seja possível identificar qual o bem jurídico tutelado (Dias, 2004ª, op. cit., p. 293). Há inúmeras outras construções relativas aos crimes de perigo abstracto: poderão ser vistos como casos de violação de deveres de cuidado sem consequências, havendo mesmo quem entenda que não estaremos perante protecção de bens jurídicos mas da validade da norma em si mesmo considerada como bem jurídico (Jakobs), ou garantia de segurança (Kindäuser, apud Roxin, Claus. In: PEÑA, Diego Manuel et al (Trad.) Derecho Penal. Parte General. Madrid: Civitas Ediciones, 1997, t. 1, p. 409).
- 36 DIAS, 2004a, op. cit., p. 294.
- 37 BUERGO, 1990, op. cit., p. 297.
- 38 Neste mesmo sentido, acrescentando que mesmo quando actua preventivamente o Direito Penal não consegue resultados satisfatórios, refere (HASSEMER, 1996, op. cit., p. 324) que o direito ambiental visa a prevenção, enquanto o direito penal, por seu turno, não só não actua preventivamente, por via de regra, como também, quando seja o caso de se querer fazê-lo actuar dessa forma, nada mais se consegue do que obter resultados sofríveis.
- 39 Conforme refere (Nieto, Alejandro. Derecho administrativo sancionador. 4. ed. [s/l]: Tecnos, 2005, p. 182) delito será el incendio de un inmueble; infracción administrativa, la edificación con materiales inflamables que pueden provocar fácilmente un incendio.
- 40 Carvalho, Américo Taipa de. Direito penal: parte geral. Questões fundamentais. Porto: Universidade Católica, 2003, p 64 e DIAS, 2004a, op. cit., p. 150.
- 41 Não falta quem questione a legitimidade da criminalização dos delicta mere prohibita, infracções a meros interesses funcionais e que não têm ligação com chamado mundo da vida e experiência prática, conceitos relacionados com o consenso social quanto aos valores fundamentais (Dias, 2004a: 113).

- 42 NIETO, op. cit., p. 182.
- 43 Teixeira, Carlos Adérito. Princípio da oportunidade: manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional. Coimbra: Almedina, 2000, p. 75 e Beleza, Teresa Pizarro. A recepção de regras de oportunidade no direito penal português: resolução processual de problemas substantivos? Revista Jurídica, AAFDL, n. 21, jun. 1997, p. 9-15, p. 9.
- 44 Tiedemann, Klaus. In: ARÁN, Mercedes Garcia (Trad.). Lecciones de derecho penal económico. Barcelona: PPU, 1993, p. 230.
- 45 Esta transposição é surpreendente na medida em que o recurso generalizado ao Direito Administrativo Sancionatório surge com a conclusão que se estava a fazer uma utilização indiscriminada do Direito Penal para protecção de toda e qualquer espécie de fins ou interesses do Estado, num fenómeno de hipertrofia do Direito Penal. Surgiu, assim, um pouco por toda a Europa continental, um fenómeno de descriminalização, com recurso ao Direito Administrativo Sancionatório, tendo em vista a libertação em relação às categorias e aos corolários formais do Direito Processual Penal.. Sendo essa a ratio da expansão do Direito Administrativo Sancionatório, esperar-se-ia que o mesmo não viesse a padecer das mesmas limitações que o Direito Penal. Para compreender esta evolução, vide (Correia, 1973: 257), (Pinto, 1998: 259) e (Lozano 1990: 393).
- 46 As sanções administrativas pecuniárias e acessórias aproximam-se frequentemente das sanções penais, sendo as sanções pecuniárias em muitas áreas – como no Direito do Ambiente – em montantes muito superiores aos das multas aplicáveis aos crimes ambientais.
- 47 PINTO, op. cit., p. 271.
- 48 Ibid., p. 209. Neste sentido, veja-se o Acórdão de 24 de Fevereiro de 1994 do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso Bendenoun v. França (Processo n.º 12547/86).
- 49 Nesse sentido, reflecte (Veloso, José António. Aspectos inovadores do Projecto de Regulamento da Autoridade da Concorrência. In: ALBUQUERQUE, Ruy de; CORDEIRO, António Menezes (Ed.). Regulação e concorrência: perspectivas e limites da defesa da concorrência. Coimbra: Almedina, p. 29-106, 2006, p. 59) que o Regime Geral das Contra-ordenações, aprovado pela Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro só tem sentido para pequenas infracções, facilmente investigadas, com implicações sociais limitadas, e sujeitas a penas ligeiras.
- 50 Correia, Eduardo. Processo criminal. Coimbra: Almedina, 1965, p. 218.
- 51 Referimo-nos ao princípio da oportunidade sem ser em sentido formal: tal como tem vindo a ser evidenciado por relevante doutrina, a imposição de juízos de legalidade estrita é algo que, na prática, sofre os maiores obstáculos. O juízo de oportunidade base pode ser feito, desde logo, pela vítima do crime; também os órgãos de polícia criminal não levantam sempre auto de notícia ou de denúncia, mesmo sendo obrigatório, relativamente a todos os crimes de que têm conhecimento. Contudo, tais circunstâncias não têm um substrato jurídico-formal, referindo-se tão-somente à inevitabilidade das coisas e, na sua maioria, a fases pré-processuais (Silva, 2000: 44). Por outro lado, o Ministério Público terá sempre uma margem de liberdade, nem que seja no juízo que faz quanto à existência de indícios suficientes para acusação do agente; também aqui não há juízos de oportunidade mas somente do exercício normal da sua competência, dando certos pressupostos como preenchidos ou não. Sem descuidar a relevância prática da actuação informal, nesta sede importa apenas a oportunidade enquanto consenso ou disponibilidade do objecto, ou seja, enquanto discricionariedade: a existência de duas – ou mais – soluções juridicamente válidas perante um caso concreto e cuja escolha está dependente da valoração feita casuisticamente pela entidade competente. As manifestações de princípio da oportunidade no regime dos crimes particulares e semi-públicos (Teixeira, 2000: 33) revelam uma mera disponibilidade do processo pelos ofendidos e não por uma entidade pública, pelo que não são aqui relevantes.
- 52 Costa, 2000b. op. cit., p. 83
- 53 Centramos a nossa breve análise no regime jurídico português.
- 54 No nosso ordenamento jurídico, iniciar-se-ia a fase de inquérito; nos termos do artigo 262.º, n.º 2, do Código de Processo Penal português Ressalvadas as excepções previstas neste Código, a notícia de um crime dá sempre lugar à abertura de inquérito. A ressalva aqui prevista tem em vista o regime próprio dos crimes públicos e semi-públicos (Gonçalves, Manuel Lopes Maia. Código de processo penal: anotado, 17. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 553).
- 55 A menos que se tenha uma concepção amplíssima do processo penal, estaremos não perante o início de um inquérito mas simplesmente de uma investigação pré-processual (Silva, 2000, op. cit., p. 44). Uma vez mais, não nos parece que estejamos a falar aqui de oportunidade em sentido próprio.
- 56 Veja-se, neste ponto, (Dias, 2004b, op. cit., p. 127), que considera que o princípio da imutabilidade impõe uma indisponibilidade absoluta do objecto do processo a partir do momento em que o tribunal for chamado

- a pronunciar-se, ao contrário do que sucede em sistemas processuais marcadamente de oportunidade, como é o caso do norte-americano.
- 57 Por exemplo, na Constituição da República Portuguesa, encontramos mecanismos de oportunidade quanto a crimes praticados pelo Presidente da República (artigo 130.º, n.º 2) e por Deputado (artigo 157.º).
- 58 Referimo-nos a casos de arquivamento do processo não por falta de indícios que justifiquem a acusação ou por ter sido recolhida prova que demonstra que o arguido não praticou o crime, mas antes por entender que no caso não se justifica a aplicação de uma pena. No nosso ordenamento, a figura está consagrada no artigo 280.º do Código de Processo Penal.
- 59 Trata-se de uma suspensão do processo sob determinadas condições e que, se cumpridas e decorrido um prazo, culminam no arquivamento do processo. A suspensão provisória do processo está prevista no artigo 281.º do Código de Processo Penal. Sobre este assunto, veja-se (Palermo, Pablo Galain. Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal. In: MONTE, Mario J. Ferreira (Ed.). *Que futuro para o direito processual penal?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 613-643, p. 612).
- 60 Por exemplo, a adoção da forma de processo sumário, nos termos do artigo 392.º do Código de Processo Penal (SANTOS, 2005, op. cit., p. 137). Análises comparadas podem ser encontradas em TEIXEIRA, 2000, op. cit., p. 75) e (Deu, Teresa Armenta. *Criminalidade de Bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España*, Barcelona: PPU, 1991, p. 43).
- 61 COSTA, 2000b, op. cit., p. 87.
- 62 COSTA, 2001, op. cit., p. 37 e TEIXEIRA, op. cit., p. 47.
- 63 Encontramos uma exceção em (Veiga, 2009: 139).
- 64 Apesar de haver dois postos de observação, não podemos identificar os administrativistas ou os penalistas com qualquer um deles. (Enterría, García de; Fernández, Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 8. ed. Madrid: Civitas, v. 2, 2002, p. 190) defendem que en modo alguno puede admitirse que abrir un expediente sancionatorio y sancionar dentro de él constituya una potestad discrecional de la Administración. Contudo, não avançam qualquer fundamentação para esta afirmação.
- 65 Sendo certo que uma coisa é que la Administración no pueda controlar en todo momento la actuación de los ciudadanos y otra que, conocida la infracción, tenga la potestad discrecional de sancionar (TOMILLO, 2008, op. cit., p. 580, nota 5) esta impossibilidade não é apenas aplicável às infracções conhecidas mas também às infracções detectadas.
- 66 NIETO, 2005, op. cit., p.133
- 67 Veloso, 2006: 58)
- 68 Referimo-nos à expressão Julgar a administração é ainda administrar.
- 69 Veloso, José António. Aspectos inovadores do Projecto de Regulamento da Autoridade da Concorrência. In: ALBUQUERQUE, Ruy de; CORDEIRO, António Menezes (Ed.). *Regulação e concorrência: perspectivas e limites da defesa da concorrência*. Coimbra: Almedina, p. 29-106, 2006, p. 58.
- 70 TOMILLO, 2008, op. cit., p. 581, nota 6. Cutanda, Blanca Lozano. El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad. *Revista de Administración Pública*, n. 161, p. 83-121, 2003, p. 91. Mendazona, E. Cobrerros. El reconocimiento al denunciante de la condición de interesado en el procedimiento sancionador. In: WAGNER, Francisco Sosa (Ed.). *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al Profesor Dr. Don Ramón Martín Mateo*. Valência: Tirant lo Blanch, p. 1437-1468, t. 2. 2000, p. 1454.
- 71 Para uma conceptualização da discricionariedade administrativa, vide (Wolff, Hans J; Bachof, Otto; Stober, Rolf. In: SOUSA, António F. (Trad.). *Direito Administrativo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, v. 1, 2006, p. 461) e (Ayala, Bernardo Diniz de. O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa. Lisboa: Lex, 1995, p. 131).
- 72 Otero, Paulo. *Legalidade e administração pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 181, 411 e 733.
- 73 VELOSO, op. cit., p. 58.
- 74 *Ibid.*, p. 58. Também (NIETO, op. cit., p. 135) sublinha que en principio parece que corresponde a la Administración, y no al juez, valorar las circunstancias determinantes del ejercicio de la facultad sancionadora, decidiendo en consecuencia. Lo cual es cierto y, por ello, el juez no debe substituir el criterio administrativo por su propio (...). En un contexto de tolerancia, la Administración tiene que justificar las razones que le impulsan a perseguir a un infractor y si el Tribunal revisor aprecia que a habido arbitrariedad deberá anular el acto sancionador aunque haya sido dictado en estricto cumplimiento de la norma y ello porque el vicio del acto se halla en la arbitrariedad manifestada en forma de desviación de poder. Sobre este assunto, veja-se ainda (TOMILLO, op. cit., p. 581, nota 6).

- 75 CUTANDA, op. cit., p. 91.
- 76 (MENDAZONA, op. cit., p. 1454), aceitando o princípio de oportunidade no procedimento administrativo sancionatório, entende que podemos avanzar dos criterios (si bien con un inevitable grado de de vaguedad), a partir de los cuales no sea legítimo reconocer a la Administración competente margen alguno de discrecionalidad en el caso concreto de que se trate, como son: 1º) la gravedad del hecho constitutivo de la infracción; y 2º) las repercusiones de dicha acción o, más concretamente, la entidad del riesgo originado o del daño efectivamente producido. Já (VEIGA, 2009, op. cit., p. 144), tem uma posição diversa da restante doutrina. Resumidamente, entende que há juízo de oportunidade quando as autoridades administrativas agem na sua função de supervisão; já não será esse o caso quando exerce funções de fiscalização e punição. Numa tentativa de separação das duas áreas de actuação, o autor individualiza duas questões que evidenciarão essa divisão: as proibições de prova e as nulidades de actos processuais. Apesar de esta construção ser uma proposta nova e de maior abertura ao princípio da oportunidade, ela destaca-se por um formalismo e irrealismo que nos impede de a ela aderir.
- 77 Esta classificação foi proposta por R. A. Kagan e J. T. Scholz apud Abbot, Carolyn. The regulatory enforcement of pollution control laws: the australian experience. *Journal of environmental law*, v. 17, n. 2, pp. 161-180, 2005, p. 161.
- 78 Esta modalidade de infractores foi considerada aquando da elaboração do artigo 20.º, n.º 1, da Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto, que prevê o benefício económico obtido pelo infractor como critério para determinação do montante da coíma a aplicar.
- 79 ANDRADE, 1998, op. cit., p. 85 e DIAS, 1983, op. cit., p. 326.
- 80 PALMA, 2004, op. cit., p. 85 e LOZANO, op. cit., p. 412.
- 81 WATSON, 2005, op. cit., p. 207-213.
- 82 PALMA, 1994a, op. cit., p. 59 e ANDRADE, 1992, op. cit., p. 178.
- 83 ANDRADE, 1992, op. cit., p. 184. Contudo, ressalve-se o recente desenvolvimento nesta matéria, impulsionado por Günter Jackobs.
- 84 PALMA, 1995, op. cit., p. 199.
- 85 ANDRADE, 1992, op. cit., p. 185.
- 86 PALMA, 1994b, op. cit., p. 438.
- 87 PINTO, 2000, op. cit., p. 373 e FERRARI, 2003, op. cit., p. 1194.
- 88 ANDRADE, 1992, op. cit., p. 186.
- 89 Integrando, portanto, o Direito Penal simbólico (Hassemer, 1996, op. cit., p. 327).

THE EFFICIENCY AND ADEQUACY OF PENALTY PROTECTION OF ENVIRONMENTAL RESOURCES

ABSTRACT

This paper aims at investigating what the most appropriate means to protect environmental resources are: through the Judiciary, via Criminal Law; and/or administratively by means of Administrative Law penalties. This essay concludes that interventions through Criminal Law should be avoided whenever another less repressive procedure is available, which may be equally efficient in ensuring the protection of the environment.

Keywords: Environmental assets. Penalty protection. Effectiveness. Adequacy.